

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA PRESIDENTE**

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. - La questione sollevata dall'ordinanza della Corte d'Appello di Milano trae origine da una pronuncia della High Court of Justice - Queen's Bench Division - Business and Property Courts of England and Wales - Commercial Court of London del 12 ottobre 2021, che definendo il giudizio promosso da **BANCA** nei confronti del **COMUNE** ha accertato la validità di due contratti di swap (un "mirror swap" e un "cash flow swap") sottoscritti dal **COMUNE** in data 18 luglio 2007, in forza di deliberazione di Giunta Comunale assunta il 17 luglio 2007; per l'effetto, il **COMUNE** veniva condannato al pagamento di Euro 2.506.587,59, pari a quanto ancora dovuto in forza del cash flow swap, oltre a 1.400.000,00 sterline a titolo di spese processuali.

Il **COMUNE** non ha proposto impugnazione alla Court of Appeal. Lo stesso ente ha, invece, introdotto un giudizio avanti al Tribunale di Milano, al fine di far accertare - ai sensi dell'art. 45, comma 1 lett. a), Reg. (UE) n. 1215/2012 - che il riconoscimento di tale provvedimento "è manifestamente contrario all'ordine pubblico (ordre public) nello Stato membro richiesto". Il Tribunale di Milano, con provvedimento del 13 dicembre 2023, ha rigettato la domanda proposta dal **COMUNE**, compensando fra le parti le spese del giudizio.

L'Ente territoriale ha proposto appello, sostenendo che la pronuncia impugnata era incorsa nella "violazione e falsa applicazione della nozione di ordine pubblico internazionale rilevante ai sensi dell'art. 45 comma 1 lett. a) Reg. UE 1215/2012, in relazione agli artt. 81, 97, 114, 118, 119 Cost., 3 comma 2, D.M. 1 dicembre 2003", sostenendo altresì l'erroneità della sentenza impugnata per manifesto contrasto con l'ordine pubblico internazionale della sentenza inglese, in quanto emanata in violazione dei principi di diritto enunciati da Cass. Sez. Un. 8770/2020.

Su istanza della parte appellante e dopo aver consentito il contraddittorio orale all'udienza del 18/09/2024, la Corte d'Appello di Milano ha sollevato la questione pregiudiziale di cui in premessa, con l'ordinanza dep. in data 16/01/2025.

1.2. Il quesito oggetto di rinvio pregiudiziale è il seguente: "Se rientrano nel concetto di ordine pubblico, quale limite al riconoscimento in Italia di una sentenza straniera in materia civile e commerciale ai sensi dell'art. 45, lett. a) Reg. (UE) 1215/2012, i principi desumibili dagli artt. 81, 97, 114, 119, Cost., oltre che dalla normativa primaria in precedenza indicata, così come interpretati dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 425/2004 e 52/2010) e dalle Sezioni Unite Civili, con sentenza n. 8770 resa in data 12 maggio 2020, con particolare riguardo alla finanza pubblica locale, all'equilibrio finanziario, oltre che ai limiti del ricorso all'indebitamento mediante la stipulazione di contratti derivati da parte degli Enti Locali".

2. - Va premesso che i contratti derivati possono qualificarsi, in prima approssimazione, come contratti il cui valore, appunto, "deriva" dall'andamento del valore di un'attività sottostante (cd. *underlying asset*) ovvero dal verificarsi nel futuro di un evento osservabile oggettivamente. In altri termini, i "derivati" sono contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa ecc., il cui valore, dunque, varia in connessione all'andamento degli elementi sottostanti presi in considerazione.

L'impiego dello strumento finanziario da parte degli enti locali è stato affrontato dalla Corte di cassazione a sezioni unite, in particolare trovandosi a stabilire la sorte dei contratti di swap conclusi da enti territoriali prima della generalizzazione del divieto, di cui alla legge di stabilità per il 2014.

Le S.U. n. 8770 del 12/05/2020 hanno avuto modo di affermare i seguenti principi:

"L'*interest rate swap*" è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono: a) è "over the counter", vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario è in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente. Elementi essenziali di tale derivato sono la data di stipulazione, quelle di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, nonché il capitale di riferimento (cd. nozionale) ed i diversi tassi di interesse ad esso applicabili.

La causa dell'*interest rate swap*", per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata.

Ai fini della validità del contratto, rileva comprendere se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "*mark to market*", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo.

3. - Ai fini del riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero viene in rilievo il limite immanente dell'ordine pubblico e, in particolare, secondo la sollecitazione dell'ordinanza di rimessione, dell'ordine pubblico economico.

Sostiene l'ordinanza in esame che tale definizione non sarebbe mai stata affrontata dalla giurisprudenza di legittimità.

Tale affermazione non può essere, tuttavia, condivisa nella sua assolutezza, anche alla luce dei principi sopra illustrati espressi dalle S.U. di questa Corte.

Il concetto di ordine pubblico economico, ad esempio, è stato evocato - sia pure in un'ottica "interna" - dalla recente Sez. 1, ord. n. 16706 del 05/08/2020 (Rv. 658613 - 02), con riguardo alla nullità contrattuale derivante dalla violazione di norme sanzionatorie penali, affermando che "in sede di insinuazione al passivo del fallimento, deve ritenersi nullo ex art. 1418 c.c. il titolo negoziale dissimulante un negozio di finanziamento (nella specie erogato in più tranches a fronte di forniture non eseguite) stipulato dall'imprenditore insolvente, in violazione del dovere di richiedere senza indugio il fallimento o comunque di non aggravare il dissesto dell'impresa con operazioni dilatorie, in quanto contrario a norme imperative, in particolare di natura penale, quali il divieto di aggravare il dissesto e di ordine pubblico economico, integrando la relativa stipula una fattispecie di reato (art. 217, comma 1, n. 4, L.Fall.), di cui è chiamato a rispondere, a titolo di concorso, anche il finanziatore".

Anche Sez. 1, ord. n. 21476 del 15/09/2017, Rv. 645406 - 02, ha fatto uso di tale concetto in materia fallimentare (ove vengono in rilievo interessi non esclusivamente delle parti e di carattere pubblicistico),

affermando che "in tema di leasing traslativo, risoltosi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, il patto c.d. di deduzione - per mezzo del quale deve essere riconosciuto al concedente l'importo complessivo dovuto dall'utilizzatore, a titolo di ratei scaduti e a scadere nonché quale prezzo del riscatto del bene, maggiorato degli interessi moratori convenzionali, anche se decurtato del prezzo di riallocazione del bene oggetto del contratto - è nullo per contrarietà all'ordine pubblico economico ed, in particolare, alla previsione di cui all'art. 1526 c.c., applicabile in via analogica a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto, anteriormente alla dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore".

Sez. 1, sent. n. 30020 del 29/12/2011, Rv. 620963 - 01, ha, a sua volta, fatto ricorso a tale concetto in materia di circolazione delle partecipazioni societarie, sostenendo che "è nullo, in quanto contrario all'ordine pubblico economico, l'atto di compravendita delle quote di una società a responsabilità limitata concluso nonostante il regime di inalienabilità sancito dall'art. 2476 cod. civ. (il quale, nel testo anteriore alla riforma societaria, richiamava l'art. 2343 cod. civ.), per i casi in cui sia mancata la necessaria valutazione di congruità del conferimento da parte dell'organo amministrativo. Tale divieto, infatti, si fonda sull'esigenza di tutelare la società, garantendo l'effettività del capitale sociale, e, nel contempo, i terzi acquirenti delle partecipazioni sociali, operando a presidio dell'interesse generale e pubblico a che la circolazione delle medesime si attui secondo il regime della certezza del valore ad esse attribuito, a tutela dell'affidamento e non essendo il terzo legittimato ad accedere all'esame degli atti interni della società. Trattandosi di norma inderogabile, né lo statuto, né l'assemblea possono derogare al divieto e permettere la libera circolazione delle partecipazioni prima che il procedimento di verifica sia positivamente concluso, mentre la nullità della compravendita può essere dedotta da qualsiasi interessato e rilevata d'ufficio, anche in difetto di specifica domanda del terzo acquirente, sussistendo l'interesse dell'ordinamento a rimuovere l'atto per le turbative che la sua conservazione può creare nel sistema della circolazione delle partecipazioni sociali".

Ed ancora, Sez. 3, sent. n. 1520 del 26/01/2010 (Rv. 611381 - 01), ha stabilito che "in tema di fideiussione, l'art. 1938 cod. civ., come modificato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154, nel prevedere la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche".

La nozione di ordine pubblico economico integrante criterio di validità e compatibilità di modelli negoziali atipici con il complesso dei principi, in primo luogo costituzionali ed eurounitari, che ne integrano il contenuto, pur avendo carattere interno si riflette, tuttavia, a causa delle fonti che ne ordinano il contenuto anche sul parametro costituito dall'ordine pubblico internazionale, di cui la giurisprudenza di legittimità ha dato ampia definizione e che è caratterizzato, peraltro, da un'intrinseca attitudine dinamica ad adeguarsi all'evoluzione complessiva dell'ordinamento interno, europeo e internazionale.

Solo a titolo di esemplificazione si richiama, limitatamente all'ambito del diritto dell'economia e tralasciando la materia dei diritti della persona, dove la nozione trova ampia declinazione (Cass.35437 del 2023; 14007 del 2018; S.U. 38162 del 2022):

il concetto di ordine pubblico di diritto internazionale privato, quale limite alla delibazione di provvedimenti giudiziari stranieri, è stato affrontato anche in ambito economico e contrattuale. Sez. 1, ord. n. 8462 del 24/03/2023, Rv. 667466 - 01, ha chiarito che in tema di efficacia di provvedimenti giurisdizionali esteri, l'art. 64 della L. n. 218 del 1995, che ne esclude il riconoscimento se le disposizioni della sentenza "producono effetti contrari all'ordine pubblico", non lascia al giudice investito della verifica alcun margine di valutazione sul merito della decisione adottata, essendogli devoluto solo il controllo estrinseco dell'atto, limitato al "decisum", cioè al contenuto precettivo della statuizione, sia pure ricostruita alla luce della parte espositiva della motivazione, e ciò in ragione della "ratio" sottesa a tale disciplina, volta a favorire la circolazione delle sentenze straniere che, all'opposto, sarebbe

pregiudicata se il giudizio di riconoscimento assumesse i connotati di un riesame di merito. (In una fattispecie relativa al riconoscimento di una sentenza del Tribunale di Seul in materia finanziaria, la motivazione precisa che "dire che la verifica va compiuta in relazione al dispositivo non sta certo a significare che la Corte d'Appello, in sede di giudizio di riconoscimento, debba omettere di prendere cognizione del contenuto della sentenza, sì da intendere, attraverso esso, l'effettiva portata del decum e, così, la sua conformità o contrasto all'ordine pubblico: giacché, se così fosse, un dispositivo di condanna al pagamento di una somma di denaro non potrebbe mai essere contrario, di per sé, all'ordine pubblico").

Sez. 1, sent. n. 6723 del 07/03/2023, Rv. 667264 - 01, affrontando specificamente l'art. 45 del Reg. UE 1215/2012 (indicato espressamente dall'ordinanza milanese quale termine di raffronto mai deciso dalla S.C.), ha stabilito che "il parametro da prendere in considerazione nel caso in cui, ai sensi degli artt. 45 e 46 del regolamento UE n. 1215 del 2012, una parte chieda al giudice italiano che sia negato il riconoscimento di una sentenza straniera per la sua manifesta contrarietà all'ordine pubblico nello Stato richiesto, non è quello dell'ordine pubblico interno, bensì quello dell'ordine pubblico internazionale che, ricomprendendo le norme che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduca in uno stravolgimento dei suoi valori fondanti, svolge una funzione di sbarramento rispetto all'ingresso nell'ordinamento interno di valori incompatibili con i suoi principi ispiratori.

Come si può rilevare la nozione di ordine pubblico internazionale (nel quale certamente rientra anche quello in materia economica) non è affatto nuova, ma trova principi ed orientamenti che - pur non riguardando espressamente la tematica evocata dall'ordinanza - costituiscono un orientamento ed una chiave di lettura per il giudice del merito che si trovi ad affrontare la questione in concreto.

4. - Alla luce delle considerazioni che precedono, non può condividersi la premessa da cui muove la Corte d'Appello di Milano, circa la indubitabile novità della questione definitoria del concetto di "ordine pubblico economico" di cui all'art. 45 del Reg. Ue n. 1215/2012.

Da un lato, infatti, lo stesso appare una specificazione della più generale nozione di ordine pubblico internazionale, che plurimi provvedimenti del S.C. hanno preso in considerazione ai fini della delibazione e riconoscimento di efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri all'interno dello Stato italiano.

Dall'altro, tale concetto è stato comunque affrontato specificamente da Sez. 1, sent. n. 6723 del 07/03/2023, Rv. 667264 - 01 ed utilizzato, sul piano "interno", da numerose pronunce della Corte di cassazione.

Peraltro, se pure è vero che la perimetrazione di tale istituto non è stata effettuata dal S.C. in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri riguardanti la problematica specifica dei contratti di swap conclusi da enti territoriali nazionali, è pure vero che il fenomeno - dal punto di vista dell'ordinamento interno - è stato ripetutamente preso in esame, tanto da dare luogo ad una nota pronuncia delle S.U. n. 8770/2020, più recentemente ripresa da

Cass., sez. I, 19 marzo 2024, n. 7368, che ne ha esteso i principi anche all'*interest rate swap* concluso da società privata. E si deve al riguardo notare come i giudici inglesi non abbiano ignorato tali principi, salvo verificarne l'applicazione nel caso concreto.

Non appare, peraltro, coerente con la ratio del rinvio pregiudiziale, l'affermazione di principi, specie se relativi ad una nozione elastica come l'ordine pubblico internazionale, da applicarsi a singole fattispecie contrattuali atipiche e soggette alle modifiche ed agli adeguamenti richiesti dal mercato. La vocazione ad una applicazione generale del principio di diritto elaborato ex art. 363 bis c.p.c. sarebbe fortemente

frustrata, peraltro in parziale ma significativo contrasto con la ratio e l'obiettivo della prevedibilità e prevenibilità dell'intervento giurisprudenziale proprio del rinvio pregiudiziale.

L'intervento nomofilattico della Corte anche nel grado più alto ha sostanzialmente conformato i principi ordinatori della validità e compatibilità dei contratti swap stipulati da enti locali al parametro dell'ordine pubblico interno. Al fine di integrare il requisito della "novità della questione" non si richiede che il caso specifico abbia già trovato una soluzione nomofilattica ad hoc, essendo sufficiente che il S.C. abbia dettato dei principi in materia che possano servire da utile guida per il giudice del merito nella soluzione del caso controverso.

Deve osservarsi, al riguardo che la mutevolezza e peculiarità degli strumenti finanziari richiede un puntuale impegno interpretativo, modellato sui variegati casi di specie, all'interno del già definito perimetro normativo e giurisprudenziale dei principi e dei limiti di riferimento.

Infine, la verifica degli effetti della decisione straniera nel nostro ordinamento non può prescindere - sia pure senza ripetere il merito del giudizio contenuto nella sentenza straniera oggetto di riconoscimento - nella specie, da un'analisi fattuale, quantomeno relativa alla verifica in concreto che il rapporto abbia svolto una funzione di "copertura" oppure di carattere speculativo, oltre che una verifica sulla qualificazione dei pagamenti effettuati o dovuti dall'ente territoriale. Tale accertamento, in conclusione, influenzando sulla loro definizione in termini non di mera gestione, ma di incremento dell'indebitamento dell'ente pubblico, chiama in causa - oltre alle questioni civilistiche di nullità, causa ed oggetto contrattuale dell'operazione negoziale - il connesso profilo pubblicistico del pareggio di bilancio e della competenza dell'ente comunale ad incrementare l'indebitamento che, in relazione all'art. 42 TUEL, richiede l'approvazione del Consiglio dell'ente e non della sola Giunta, su cui pure la giurisprudenza di legittimità a sezioni unite si è espressa.

P.Q.M.

Visto l'art. 363-bis c.p.c., dichiara inammissibile il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte d'Appello di Milano con l'ordinanza in premessa.

Conclusione

Così deciso in Roma il 3 marzo 2025.

Depositato in Cancelleria il 3 marzo 2025.